



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 468.935 - SP
(2014/0024441-0)**

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : EMMANUEL OKEKE (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. **QUANTUM** DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. PRIVILÉGIO. NÃO CABIMENTO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO.

I - O Regimento Interno desta Corte permite ao relator, monocraticamente, negar provimento ao recurso especial *"que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema"*, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea b, do RISTJ, inexistindo ofensa ao princípio da colegialidade.

II - A expressiva quantidade e deletéria natureza da droga apreendida – 1.710 kg de cocaína –, demonstra maior reprovabilidade da conduta, de maneira que, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, autoriza a exasperação da pena-base 6 (seis) meses acima do mínimo legal, **quantum** que se mostras justo e proporcional ao caso. Precedentes.

III - O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que *"descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa. O exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa"* (STF - HC n. 124.107/SP, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 24/11/2014).

IV - Na mesma linha, esta Corte tem entendido que a atuação como transportador de droga, aliada à presença de elementos que demonstram, concretamente, a vinculação com organização criminosa, é fundamento idôneo para afastar a redução aqui pleiteada.

V - No caso destes autos, além do exercício da atividade de transportador de droga, há elementos que demonstram a participação do agravante, ainda que de maneira não habitual, em organização voltada ao comércio internacional de droga, o que impede a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no dispositivo acima mencionado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - Havendo circunstâncias desfavoráveis, que aumentou a pena-base, bem como afastou a incidência da redutora contida no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06, fica impedida a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta agravante, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o **fechado**. Precedentes.

Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 468.935 - SP
(2014/0024441-0)**

AGRAVANTE : EMMANUEL OKEKE (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por **EMMANUEL OKEKE** contra decisão de minha relatoria, às fls. 634-645, que conheceu do agravo regimental para negar provimento ao recurso especial.

Em **primeiro grau** o agravante foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, **caput** c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Interpostas apelações pela defesa e pelo Ministério Público, **o Tribunal de origem**, por maioria, **negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao apelo do Parquet** estadual para **redimensionar a pena** ao patamar de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, conforme acórdão às fls. 401-434.

Opostos embargos infringentes pela defesa (fls. 443-457), foram eles não providos, conforme acórdão de fls. 482-502.

Nas **razões do recurso especial**, o recorrente aponta violação dos arts. 33, § 2º, **b** e 59, ambos do Código Penal e arts. 33, § 4º; 40, I e 42, todos da Lei nº 11.343/06.

Sustenta que a pena-base foi fixada de modo incompatível com a conduta e que a aplicação da causa especial de aumento de pena relativa à transnacionalidade implica **bis in idem**, pois o tipo penal descrito no **caput** do art. 33 da Lei Antidrogas já prevê a conduta de "importar" substâncias entorpecentes.

Por fim, aduz que estão presentes os requisitos para que o regime inicial seja diverso do fechado e que, uma vez reduzida a pena, o réu passará a ter direito à substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal.

O **recurso especial foi inadmitido** às fls. 563-564. Contra o **decisum** foi interposto **agravo, o qual conheci parcialmente para, na parte conhecida, negar provimento.**

Interposto agravo regimental às fls. 615-623, em decisão lançada às fls. 634-645, foi ele **conhecido para negar provimento ao recurso especial**, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea **b**, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Daí o presente agravo regimental, onde a parte aponta omissão no **r. decisum**, pois *"[n]ão obstante, o douto relator, novamente em sede monocrática, a despeito de reconsiderar a decisão anterior e enfrentar a pretensão de revisão da pena (ut artigo 59 do Código Penal), nada referiu acerca da violação ao artigo 33, §2º. do Código Penal, quando não se permitiu ao recorrente o início do cumprimento da pena em regime diverso do fechado"* (fl. 651).

Afirma, ainda, ofensa ao princípio da colegialidade, uma vez que decisão objugada deveria ter sido submetida à julgamento perante a Turma.

Nesse compasso, repisa os argumentos anteriormente declinados, no sentido de que a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em sua fração mais elevada, não implica o revolvimento do conjunto probatório e que, no caso, presumiu-se a prática de atividades criminosas e sua participação em organização criminosa, para obstar o benefício.

Quanto à violação do art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, aduz que *"[é] certo que a jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça entende que inexistente ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade e natureza da substância envolvida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (ut, AgRg no AREsp 419.225/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 07/10/2014). No entanto, a jurisprudência dessa mesma Corte Superior é também uníssona no sentido de que a mensuração da pena deve guardada a proporcionalidade para o cálculo em questão"* (fl. 653).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, defende que o aumento efetivado na pena-base é desproporcional e exagerado.

Ao final, requer a reforma da decisão vergastada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 468.935 - SP
(2014/0024441-0)**

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : EMMANUEL OKEKE (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. **QUANTUM** DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. PRIVILÉGIO. NÃO CABIMENTO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO.

I - O Regimento Interno desta Corte permite ao relator, monocraticamente, negar provimento ao recurso especial *"que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema"*, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea b, do RISTJ, inexistindo ofensa ao princípio da colegialidade.

II - A expressiva quantidade e deletéria natureza da droga apreendida – 1.710 kg de cocaína –, demonstra maior reprovabilidade da conduta, de maneira que, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, autoriza a exasperação da pena-base 6 (seis) meses acima do mínimo legal, **quantum** que se mostra justo e proporcional ao caso. Precedentes.

III - O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que *"descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa. O exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa" (STF - HC n. 124.107/SP, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 24/11/2014).

IV - Na mesma linha, esta Corte tem entendido que a atuação como transportador de droga, aliada à presença de elementos que demonstram, concretamente, a vinculação com organização criminosa, é fundamento idôneo para afastar a redução aqui pleiteada.

V - No caso destes autos, além do exercício da atividade de transportador de droga, há elementos que demonstram a participação do agravante, ainda que de maneira não habitual, em organização voltada ao comércio internacional de droga, o que impede a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no dispositivo acima mencionado.

VI - Havendo circunstâncias desfavoráveis, que aumentou a pena-base, bem como afastou a incidência da redutora contida no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06, fica impedida a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta agravante, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o **fechado**. Precedentes.

Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:

Em **primeiro grau** o agravante foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, **caput** c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

O **Tribunal de origem** julgou procedente o recurso do Ministério Público para majorar a pena em 6 (seis) meses acima do mínimo legal, tendo em vista o comando do art. 42 da Lei de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nas **razões do presente agravo regimental**, aponta omissão no r. **decisum**, pois nenhuma referência foi feita acerca da violação ao art. 33, §2º, do Código Penal.

Outrossim, repisa os argumentos anteriormente declinados, no sentido de que a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em sua fração mais elevada, não implica o revolvimento do conjunto probatório e que, no caso, presumiu-se a prática de atividades criminosas e sua participação em organização criminosa, para obstar o benefício.

Inicialmente, o Regimento Interno desta Corte permite ao relator, monocraticamente, negar provimento ao recurso especial *"que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema"*, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea b, do RISTJ. A propósito:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. DECISÃO RECORRIDA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. VIVÊNCIA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SUM. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O julgamento monocrático encontra previsão no art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea b, do RISTJ, que permite ao relator negar provimento ao recurso quando a pretensão recursal esbarrar em súmula do STJ ou do STF, ou ainda, em jurisprudência dominante acerca do tema, inexistindo, portanto, ofensa ao princípio da colegialidade.

[...]

3. Agravo regimental improvido" (AgInt no AREsp n. 974.507/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 30/5/2017 – grifei).

Desse modo, não há que se falar em ofensa ao princípio da Colegialidade.

Quanto à violação do art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, aduz que o aumento efetivado na pena-base é desproporcional e exagerado.

No que diz respeito à fixação da pena-base, com efeito, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.

Ainda, a natureza altamente nociva e a grande quantidade de droga apreendida **(1.710 kg de cocaína)**, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que prevê a preponderância dessa circunstância em relação àquelas descritas no art. 59 do Código Penal, demonstra maior reprovabilidade da conduta, de maneira que, **no caso**, não revela desproporcional o aumento efetivado na pena-base do agravante.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que, nos termos do art. 59 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a Corte de origem fixou a pena-base em seis meses acima do mínimo legal, para ambos os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, considerando como desfavorável a natureza altamente lesiva da droga apreendida (cocaína), o que não se mostra desproporcional.

4. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 380.288/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 15/3/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA BASE EM 6 (SEIS) MESES EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006. SÚMULA 568/STJ. PEDIDO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

2. No caso, observa-se que a pena-base afastou-se 6 meses do mínimo legal com base na importante quantidade e variedade de drogas apreendidas (17,21g de maconha e 93,82g de cocaína), não havendo qualquer ilegalidade no referido aumento que deve ser mantido em respeito à discricionariedade do julgador.

3. Incidência da Súmula 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema." 4. "É descabido requerer a concessão de habeas corpus de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida" (AgRg no AREsp 199.440/MG, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 5/9/2012).

5. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 847.132/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2016).

Em relação a causa de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, para afastar sua incidência, entendeu a instância ordinária que "[a] atividade daquele que age como 'mula', transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas" (fl. 419) e que "[n]o caso dos autos há elementos que permitem concluir que a ré integrava organização criminosa ou, caso assim não se entenda, que se dedicava a atividades criminosas: a quantidade da droga apreendida (1.710 gramas de cocaína); a inexistência de prova de ocupação lícita; a forma de acondicionamento da droga (acondicionada em latas); o fato de o fornecedor da droga haver custeado a compra da passagem aérea internacional, conforme relato em interrogatório judicial, referido na r. sentença apelada (fls. 239/241)" (fl. 421) .



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à minorante em questão, o atual entendimento desta Corte, acompanhando o posicionamento predominante no Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que o agente que transporta drogas na condição de "mula", é, de fato, imprestável para, por si só, afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Segundo o Pretório Excelso, *"descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa. O exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa"* (STF - HC n. 124.107/SP, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 24/11/2014).

No caso destes autos, porém, o Colegiado, além de ter afastado a redutora em razão da condição de "mula", o fez também a partir de remissão a elementos concretos, que conduziram aquela Corte a concluir que **o acusado, ainda que de modo não habitual, está envolvido em organização criminosa voltada para o comércio ilegal de droga**, o que impede a aplicação do benefício aqui pleiteado.

Para arrimar suas conclusões, a Corte **a quo** listou alguns elementos, como a forma de acondicionamento da droga e o fato de as despesas derivadas da viagem terem sido pagas pela narcotraficância, elementos que, juntamente com sua condição de "mula", mostram-se idôneos para apoiar suas conclusões sobre o envolvimento do réu na organização criminosa, autorizando, assim, o afastamento da minorante.

Neste caso, a desconstituição dessa conclusão para atender ao pedido formulado pelo agravante demanda nova incursão no conjunto probatório, o que não é viável em sede de recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Nessa linha:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE COMO 'MULA'. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. EXAME DA CONDOTA DO AGENTE. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I - Embora a mera atuação de agente no transporte de droga em atividade correspondente à função de 'mula' não configure, de modo automático, sua adesão estável e permanente à estrutura de organização criminosa, **ficou demonstrado pelo Tribunal a quo o envolvimento do paciente com organização criminosa.**

II – No caso concreto, para se chegar à conclusão diversa da adotada pelo TRF da 3ª Região, faz-se necessário o revolvimento no conjunto fático-probatório, o que é incabível na via estreita do habeas corpus.

III – É possível a fixação de regime prisional mais gravoso em razão da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos. Precedentes. IV – Recurso desprovido" (STF- RHC n. 136.511, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, DJe de 13/10/2016).

Ainda sobre o tema:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DO COLEGIADO. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. 'MULA'. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUM. N. 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I. O julgamento monocrático do recurso especial encontra previsão no CPC e no RISTJ, não havendo se falar em ofensa ao princípio da colegialidade. Ademais, a interposição de agravo regimental, com a devolução da matéria recursal ao órgão colegiado supera eventual ofensa ao aludido postulado.

II. Além de o acusado ter sido considerado transportador ('mula'), integra, segundo as instâncias ordinárias, organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Viagens constantes do agravante para o exterior de curta duração e de custo incompatível com a atividade profissional que diz exercer. Passaporte adulterado. Supressão de páginas. Reconhecimento de dedicação a atividades criminosas. Precedentes.

III. É inviável aferir em recurso especial se o acusado dedica-se ou não a atividade criminosa, em face do óbice da Súmula n. 7/STJ.

IV. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgInt no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AREsp n. 980.381/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 22/2/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 9 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO. PACIENTE QUE SE DEDICA ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

- Do mesmo modo, este Superior Tribunal vem admitindo que a quantidade, a nocividade e a variedade das drogas apreendidas embasem o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por indicarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do acusado às atividades criminosas. Precedentes.

- No caso, infere-se que não foi reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 por entenderem as instâncias ordinárias que o paciente dedica-se às atividades criminosas, ante a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido (4,475 kg de cocaína), a condenação pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 e diante das circunstâncias em que os delitos ocorreram, notadamente agravadas pela apreensão de balança de precisão e prensas, permitindo concluir que o acusado dedica-se às atividades criminosas. Modificar tal entendimento implica o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do **habeas corpus, de cognição sumária.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

- **Habeas corpus não conhecido**" (HC n. 369.892/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 14/10/2016).

"[...]

PENAL. TRÁFICO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO § 4.º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06 DIANTE DA CARACTERIZAÇÃO DA TRAFICÂNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. No caso dos autos, a natureza e a quantidade de droga foram utilizadas para majorar a pena-base e o afastamento da causa especial de diminuição da pena se deu pelos elementos caracterizadores da traficância, pois além do entorpecente, foram encontrados com o acusado balanças de precisão, altos valores de dinheiro em espécie, invólucros de plástico, ácido bórico e arma de fogo, motivo pelo qual não há que se falar em *bis in idem*. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp n. 1.460.589/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 5/11/2015 – grifei).

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, o recurso não merece melhor sorte.

Ao manter o regime inicial mais gravoso, assim registrou o voto condutor do v. acórdão reprochado:

"11.6. **Do regime inicial de cumprimento da pena:** vinha sustentando entendimento no sentido de que o estabelecimento de regime inicial aberto ou semiaberto não se mostra compatível com a condenação por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, dada a equiparação do tráfico aos delitos hediondos.

E assim o fazia por entender que tanto o legislador constituinte (artigo 5º, inciso XLIII) quanto o legislador infraconstitucional (Lei nº 8.072/1990) dispensaram tratamento mais rigoroso na repressão ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo portanto lícito o estabelecimento de regime inicial mais gravoso para cumprimento da pena, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região: STF, 1ª Turma, RHC 10801 I/RJ, Rel.Min. Luiz Fux, j. 06/09/2011, DJe 30/09/2011; STF, 2ª Turma, HC 103011/RN, Rel.Min. Ellen Gracie, j. 24/08/2010, DJe 09/09/2010; STF, 2ª Turma, HC 91360/SP, Rel.Min. Joaquim Barbosa, j. 13/05/2008, DJe 19/06/2008; STJ, 5ª Turma, HC 226379/SP, Rel.Min. Jorge Mussi, j. 24/04/2012, DJe 08/05/2012; TRF 3ª Região, 1ª Turma, HC 0001433-97.2012.403.0000, Rei. Des.Fed. Johonsom di Salvo, j. 06/03/2012, DJe 16/03/2012.

Contudo, não me é dado desconhecer que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, na redação dada pela Lei nº 11.464/2007, que estabelecia o regime inicial fechado para cumprimento da pena para os condenados por crime de tráfico de drogas (HC 111840/ES, rei. Min. Dias Toffoli, 27.6.2012. (HC- 111840; Informativo STF nº 672).

No caso dos autos, o entendimento pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal firmado pelo STF, não beneficia o acusado.

Assim, há de se perquirir se **na dosimetria da pena, foram reconhecidos em favor do réu como favoráveis as circunstâncias judiciais. Isso porque apesar do regime inicial ser estabelecido, a princípio, em função da quantidade da pena, nos termos do § 2º do artigo 33 do Código Penal, o § 3º do citado dispositivo estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código'.**

E, no caso dos autos, foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias do artigo 59 do CP, em relação às consequências do crime, fixando a pena-base em patamar superior ao mínimo legal (05 anos e 06 meses de reclusão).

Dessa forma, não obstante a pena final de 06 anos e 05 meses de reclusão, não há que se falar em flagrante ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado" (fls. 422-423 – grifei).

O col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual, independentemente da hediondez do crime, o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, o deferimento do regime **semiaberto** ocorre quando preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito), bem como a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

Assentada tal premissa, cumpre asseverar o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, segundo o qual *"[o] juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."*

Sobre o tema, não se pode olvidar que o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

Forçoso concluir, assim, que permitiu o col. STF, **mutatis mutandis**, a valoração de tal circunstância desfavorável (a quantidade e a natureza do entorpecente) na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas.

No caso dos autos, nota-se que o agravante possui circunstâncias judiciais desfavoráveis, porquanto, sua pena-base restou corretamente fixada acima do mínimo legal, bem assim, por integrar organização criminosa, situação que foi considerada para afastar a incidência do privilégio descrito no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse compasso, considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao ora agravante, fica impedida a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta à ele, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o **fechado**, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nessa esteira, colaciono os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS E/OU PRÓPRIAS DO TIPO PENAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem, à exceção dos maus antecedentes e da natureza da droga, se valeu de argumentos genéricos, próprios do tipo penal e normais à espécie para sopesar como desfavoráveis as vertentes da culpabilidade, das circunstâncias e da consequência do delito, sendo, portanto, manifesta a ilegalidade imposta ao paciente na dosimetria da pena. Precedentes.

4. Mantida tão somente a aferição desfavorável da natureza da droga e dos antecedentes, a pena-base fica estabelecida em 6 anos, 3 meses e 28 dias de reclusão, atento as penas mínima e máxima abstratamente cominada ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos) e a valoração de cada circunstância judicial negativa feita na sentença condenatória.

5. A confissão espontânea pelo réu de que tinha a posse da droga para uso próprio não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. Precedentes.

6. Estabelecida a sanção corporal em 6 anos, 3 meses e 28 dias de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, tendo em vista a valoração desfavorável de circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base aplicada ao paciente, tornando a pena definitiva em 6 anos, 3 meses e 28 dias de reclusão" (HC n. 392.300/PI, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/8/2017 - grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Pelo princípio da non reformatio in pejus, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.

3. Não há se falar em ilegalidade no estabelecimento do redutor na fração de 1/5 (um quinto), dada a quantidade e a natureza da droga apreendida, tendo o Tribunal a quo asseverado ter sido a redução, inclusive, benevolente, já que em seu entendimento o paciente não faria jus sequer ao benefício, pois "traficava grande quantidade de entorpecente de natureza nefasta, levando a crer que já vinha desenvolvendo atividade ilícita há algum tempo".

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena superior a quatro e inferior a 8 anos de reclusão (in casu, 4 anos e 8 meses de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime fechado para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 372.261/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 10/10/2016 - grifei).

Portanto, o entendimento emanado pelo Tribunal de origem está em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consonância com a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0024441-0

**AgRg no AgRg no
AREsp 468.935 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00072924120104036119 201061190072927 21033820104 33820104 72924120104036119

EM MESA

JULGADO: 19/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EMMANUEL OKEKE (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EMMANUEL OKEKE (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.